

Los mecanismos de corrección de los conflictos de interés de los administradores societarios¹

The Mechanisms of Correction of the Conflicts of Interest of Corporate Administrators

MARÍA DE LOS ÁNGELES BERROCAL MORA²

RESUMEN

Los administradores de todas las sociedades comerciales deberán actuar, durante toda la vigencia del cargo, cumpliendo con el lleno de los deberes y obligaciones contenidos en la Ley 222 de 1995, de lo contrario, estarán sujetos a los diferentes regímenes de responsabilidad.

Palabras claves: *administrador, relación de agencia o de mandato, costos de agencia o de mandato, problemas de agencia o de mandato, deber de diligencia, deber de lealtad, responsabilidad, mecanismos de control, conflicto de interés.*

- 1 Fecha de recepción: 27 de febrero de 2017. Fecha de aceptación: 29 de junio de 2017. Para citar el artículo: Berrocal, M. "Los mecanismos de corrección de los conflictos de interés de los administradores societarios" *Revist@ E- Mercatoria*, vol. 16, n.º 1, enero-junio, 2017. DOI: <https://doi.org/10.18601/16923960.v16n1.03>
- 2 Estudiante de último año de derecho de la Universidad Externado de Colombia. Monitorea del Departamento de Derecho Comercial de la Universidad Externado de Colombia. Primer puesto en el concurso estudiantil de derecho comercial 2016 por la ponencia titulada "los mecanismos de corrección de los conflictos de interés de los administradores societarios". Becaria en la misma Universidad para cursar especialización en derecho comercial. mariaangelberrocal@hotmail.com

ABSTRACT

Societary administrators of any type of corporations must act –while the position has not ceased– according to the duties and obligations invested in them, according to Law 222/1994. Otherwise such administrators will be subjected to the specific and varied responsibility regimes.

Key Words: *Administrator, agency or mandate relationship, agency or mandate costs, agency or mandate issues, duty of care, loyalty duty, liability-tort law, control mechanisms, conflict of interests.*

INTRODUCCIÓN

La visión moderna del derecho societario apunta a buscar beneficios económicos, tanto para sus asociados como para todos aquellos agentes vinculados a la persona jurídica. Este es el caso de administradores, trabajadores y terceros (acreedores y grupos de interés), quienes persiguen distintos intereses que serán satisfechos gracias a las relaciones jurídicas entabladas con la sociedad mercantil. A partir de dichos vínculos, es posible que surjan contraposiciones de intereses, verbigracia, conflictos de interés. El presente trabajo de investigación constituye un esfuerzo por describir y analizar las implicaciones jurídicas de los conflictos señalados respecto de la infracción de deberes de lealtad y el abuso de relaciones de confianza, por parte de administradores de una sociedad, cuando los recursos de la entidad y los intereses de otros agentes económicos se ven comprometidos.

Los conflictos de interés presuponen una relación de agencia o mandato, consistente en un *"vínculo fiduciario o de confianza que existe entre quien gestiona los recursos (agente) y quien los suministra (principal)"*³. En aquellos eventos en que el agente busca maximizar sus propios intereses sacrificando el interés del principal, surgen conflictos de interés, los cuales se clasifican de la siguiente manera:

1. Conflicto de interés en la relación administrador-sociedad.
2. Conflicto de interés entre accionista mayoritario y minoritario.
3. Conflicto de interés entre la sociedad y terceros acreedores.

3 Paz-Ares, José. *"La infracapitalización: una aproximación contractual"*, en Rodríguez Artigas, F. (Coord.). *Derecho de sociedades de responsabilidad limitada*, McGraw-hill, Madrid, 1996. Citado por: Casero, Miguel. *Reflexiones sobre el deber de lealtad de los administradores*. Madrid: Universidad Pontificia Comillas, 2014. p. 16.

De los tres conflictos o problemas de agencia, el que se estudia en el presente trabajo es el primero, por tal razón se analizará como punto de partida el contenido del deber de lealtad de los administradores, en segundo lugar, la forma en que se deben resolver dichos conflictos y, por último, la necesidad de una actualización normativa sobre este punto.

JUSTIFICACIÓN

Los conflictos de interés son, sin duda alguna, uno de los temas más polémicos y problemáticos en la práctica comercial. Se presentan en todos los tipos societarios, aun cuando se dan con un mayor impacto en las sociedades de capital, como las anónimas. Además, afectan la eficiencia y eficacia de la sociedad comercial, generando consecuencias negativas en el desarrollo y manejo interno de la misma, razón por la cual se vuelve un tema atractivo y relevante para estudiar y analizar no solo en el ordenamiento jurídico interno sino también en el orden jurídico internacional, por lo que el presente trabajo en algunos de los acápites consagra anotaciones especiales relacionadas con ordenamientos internacionales.

METODOLOGÍA

Como se mencionó en la parte introductoria, el principal objetivo de este trabajo es explicar la configuración de los conflictos de interés en el marco del deber de lealtad y la forma de corregirlos, para lograr el objetivo propuesto el trabajo se dividirá de la siguiente forma: en primer lugar, para poder establecer el fundamento del conflicto de interés y por consiguiente del deber de lealtad, se analizará el régimen contractualista (teoría del mandato) y organicista (teoría del órgano) para explicar la naturaleza del vínculo que une al administrador con la sociedad. En segundo lugar, vamos a realizar un análisis de cada uno de los deberes a cargo del administrador de la ley 222 de 1995, con una especial extensión en el deber de lealtad. Una vez desarrollado el contenido del deber de lealtad, se delimitará la noción de los conflictos de interés, sus modalidades y por último, los mecanismos legales previstos para la corrección de los mismos. Sobre este último punto se hará un análisis crítico de la legislación actual.

I. NATURALEZA JURÍDICA DEL VÍNCULO ADMINISTRADOR-SOCIEDAD

Establecer la naturaleza jurídica del vínculo conlleva a determinar el tipo de responsabilidad que se radica en cabeza del administrador societario, esto es, si se trata de una responsabilidad contractual o extracontractual.

La Corte Suprema de Justicia, en escasos pronunciamientos en materia societaria se ha inclinado por señalar el carácter contractual de la relación administrador-sociedad⁴, con lo que se encuentra que si el vínculo es de naturaleza contractual, las normas aplicables a esa relación serán las de responsabilidad contractual.

Dos teorías explican la naturaleza jurídica de la relación entre los administradores y el ente societario. La teoría clásica o del mandato representativo mira la relación administrador- sociedad como una relación contractual, en la que se presupone la existencia de un contrato de mandato donde regula todas las obligaciones del administrador como una relación entre mandante y mandatario. La doctrina Alemana introdujo en un momento posterior, la "teoría organicista", en la cual el administrador es un órgano y por lo tanto es parte integrante de la sociedad, de modo que su relación jurídica es de naturaleza orgánica. Las teorías se revisan brevemente a continuación.

"Representante es quien obra a nombre ajeno, mientras que órgano es el trámite por el cual la persona jurídica obra directamente y en nombre propio".

FRANCESCO MESSINEO

1. TEORÍA DEL MANDATO

Esta teoría tiene sustento en los institutos de la representación y del mandato regulados en el Código Civil y en el Código de Comercio, que definen el contrato de mandato en función de que la administración del negocio confiado al mandatario o administrador se haga por cuenta y riesgo del mandante o persona jurídica, la cual va a actuar a través de sus representantes.

Esta teoría le atribuye una preponderancia a la persona del administrador o "mandatario" el cual se encuentra dotado de ciertos poderes para la toma de decisiones y para la realización de determinados actos y contratos tendientes a la obtención del objeto social perseguido por la sociedad. Sin embargo, el resultado económico solo producirá efectos jurídicos en la esfera patrimonial de la persona jurídica para la cual administran, por lo que es evidente que el mandatario o administrador solo puede actuar dentro de los límites que la sociedad o "mandante" le impone, los cuales se encuentran señalados en la ley, sin perjuicio de que las facultades de los mismos puedan ser ampliadas o detalladas en los estatutos sociales, *"e incluso dentro del ámbito de las decisiones de los cuerpos colegiados de la sociedad comercial"*⁵. En contraste, si el administrador realiza

4 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. 19 de febrero de 1999. Exp: 5099. MP. Carlos Esteban Jaramillo Schloss.

5 Córdoba, Pablo. *El derecho de sociedades y el gobierno de la sociedad anónima: el interés social, órganos, accionistas y administradores*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2014. p. 572.

actos más allá de sus facultades se estaría obligando personalmente y como consecuencia se radica inmediatamente en cabeza de la sociedad el derecho a incoar la acción social de responsabilidad sobre éste.

1.1 Problemas y costos de mandato ("agency problems")

Paralelamente a la teoría contractual del mandato, en el análisis económico del derecho se encuentra la "Teoría de la agencia" formulada inicialmente por Jensen y Meckling en 1976, de la que se derivan los denominados problemas del mandato o problemas de agencia en derecho anglosajón ("agency problems").

En una relación de agencia, una persona denominada mandante o "principal" contrata a otra denominada mandatario o "agente" para que realice determinada actividad, servicio o actividad económica en su nombre, lo cual implica cierto grado de delegación⁶ de autoridad en el agente, aceptando éste actuar defendiendo los intereses del mandante o "principal". Si ambos contratantes (el principal y el agente) son maximizadores de utilidad (*homo economicus*), existen buenas razones para pensar que el agente no actuará siempre en el mejor provecho que el principal⁷, configurando lo que se denomina un problema de agencia. En sentido estricto, un problema de agencia o mandato es esencialmente un problema de control y se presenta cuando la riqueza de una persona (mandante) depende de la conducta desplegada por un tercero (mandatario), "la cuestión radica en motivar al mandatario para que actúe en beneficio del mandante, en lugar de que aquél obre en su propio interés"⁸

La teoría de los problemas de agencia pone en evidencia fuertes *asimetrías de la información* entre las partes de una relación de mandato. "Generalmente el mandatario está mejor informado que el mandante respecto de los principales hechos relevantes del negocio"⁹, lo que dificulta que el mandante conozca razonablemente bien el negocio confiado a su mandatario, lo que se traduce en la imposibilidad de saber si el resultado económico obtenido por el mandatario o agente corresponde a un esfuerzo óptimo y debido conforme con su deber de actuar de forma diligente en el desarrollo del encargo, o si por el contrario, las results

6 La delegación o autonomía en la toma de decisiones puede ser moderada o elevada dependiendo de si la misma comprende un margen de discrecionalidad total o absoluto, o por el contrario está sometida a control detallado y continuo por parte del principal o mandante. Para mas información: Vergés, Joaquim. *Control e incentivos de la gestión empresarial*. Universidad autónoma de Barcelona: Departament d'Economia de l'Empresa, 2000. pp. 53-54.

7 Jensen, Michael y Meckling, William. "Theory of the Firm: Managerial Behavior, Agency Costs, and Ownership Structure". *Journal of Financial Economics*. 1976. pp. 305-360.

8 Reyes, Francisco. *Análisis económico del derecho*. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana, 2012. p. 65.

9 *Ibíd.*, p. 65.

de la gestión devienen de una conducta desviada que generó mayores costos para el mandante o "principal"¹⁰.

La *asimetría de la información* está presente en toda situación de mandato, eliminarla, implicaría que el mandante estuviera continua y detalladamente supervisando la gestión del agente o mandatario, lo que sería poco práctico puesto que se estaría incurriendo en mayores costos e implicaría que el margen de discrecionalidad o autonomía para la toma de decisiones fuera nulo, no sería posible hablar de una situación de agencia en la que el agente es quien toma las decisiones y el mandante es quien asume los riesgos¹¹.

Como consecuencia de los problemas de agencia, más específicamente de la *asimetría de la información* se derivan los llamados costos de mandato ("agency cost")¹² como mecanismos para garantizar la ejecución óptima de la prestación prometida por parte del mandatario. Los costos de agencia se realizan *ex ante* para efectos de evitar cualquier desviación en la conducta del agente.

En principio, los costos de agencia se pueden clasificar en tres categorías¹³:

1. Costo de control, vigilancia o supervisión por parte del principal: son los costos de seguimiento o control del principal en la vigilancia de las acciones del agente ("control de auditoría"). Este control supone la inclusión de restricciones, penalizaciones e incentivos para motivar al agente a actuar según los intereses de su mandante.

2. Costo de garantía de fidelidad por parte del agente: son aquellos costos abonados por el agente pero no necesariamente asumidos por éste y se incurren para garantizar al mandante o principal que la conducta del agente se ceñirá única y exclusivamente a lo pactado.

3. Costo o pérdida residual: es el equivalente en dinero de la reducción en el bienestar del principal ocasionada en la divergencia de intereses con el agente, y que muchas veces – en términos económicos- no vale la pena subsanar porque el costo de detectarlo, evitarlo o controlarlo sería superior a los eventuales perjuicios.

En conclusión, ante la imposibilidad que tiene el principal de conocer las actuaciones y comportamientos del mandatario para llevar a cabo el propósito del negocio encomendado y gracias a la información privilegiada que maneja,

10 Vergés, *op. cit.*, pp. 57-58.

11 Vergés, *op. cit.*, pp. 57-58.

12 "(...) corresponden, a los esfuerzos por alinear los intereses del agente a aquellos del principal". Jensen y Meckling, *op. cit.*, p. 305-360. También en: "al valor que deja de percibirse por la ejecución incompleta de las prestaciones esperadas por el mandante, así como la erogación que representa la vigilancia que éste debe ejercer sobre el mandatario para evitar la infidelidad en la ejecución de tales prestaciones". Reyes, *op. cit.*, pp. 73-78.

13 Jensen y Meckling, *op. cit.*, pp. 307 a 309.

en aras de evitar perjuicios adversos a sus intereses y salvaguardar los resultados esperados, el mandante deberá incurrir en los denominados costos de agencia para minimizar el riesgo, los cuales serán mayores o menores dependiendo de la complejidad de la operación encomendada.

2. TEORÍA DEL ÓRGANO U ORGANICISTA

De otro lado encontramos la teoría organicista que surge con el fin de hacer frente a las insuficiencias y vacíos¹⁴ dejados por la teoría del mandato al explicar la relación jurídica entre el administrador y la sociedad.

Siguiendo a MESSINEO "*órgano es el trámite por el cual la persona jurídica obra directamente y en nombre propio*", los administradores no son mandatarios ni apoderados de la sociedad sino que constituyen un órgano a través del cual la sociedad manifiesta su voluntad y actúa de manera directa y en nombre propio en la ejecución de todas las actividades jurídicas-económicas necesarias para la consecución de sus fines. En este sentido, la sociedad se concibe como un "*centro de imputación de intereses*"¹⁵, de derechos y obligaciones, debido a que las actuaciones de todas las personas naturales que conforman

el órgano social no se le imputarán a los mismos sino que son considerados como propios de la sociedad.

"La teoría del órgano hace referencia a la distribución interna de competencias, destinada de manera principal y directa a justificar la manifestación de voluntad del ente societario"¹⁶.

14 1. "(...) La figura del administrador es de carácter esencial, y si se admitiera que el administrador se vincula por un contrato de mandato (negocio jurídico esencialmente revocable), tendría, asimismo que admitirse la posibilidad de que, en caso de revocación del mandato, la sociedad pudiese actuar sin administrador, lo cual es inadmisibles por la naturaleza jurídica de la sociedad, toda vez que esta precisa del concurso de una persona física para poder desarrollar su actividad económica". En: Sabogal, Luis. *La relación administrador-sociedad*. Bogotá, Universidad Externado de Colombia. Revista de derecho privado Núm. 18, 2010. p. 128.

2. La teoría del mandato supone una limitación al margen de discrecionalidad y autonomía de los administradores, puesto que ellos, en principio, solo podrían realizar aquellos actos para los que se les hubiera otorgado el poder o mandato, y respecto de aquellos no incluidos se requeriría autorización especial por parte de la sociedad comercial.

3. Con la teoría del mandato quedaría en desuso la aplicación de las normas referidas a los deberes y responsabilidad de los administradores, respecto al administrador de hecho puesto que sus gestiones no están precedidas ni legitimadas por ningún poder o contrato que le confiera las atribuciones propias de las funciones de administración. Por consiguiente, si se acogiera esta teoría sus actuaciones estarían viciadas de nulidad.

15 Villegas, Carlos Gilberto. *Tratado de las sociedades*. Editorial jurídica de Chile, 1995. p. 131.

16 Duprat, Diego. Citación sugerida: Rdco, n° 222, enero/febrero 2007, p. 23. *La teoría del órgano y la particular naturaleza de la vinculación del administrador con la sociedad*. Economics, 3, 305. Párr. 10. Disponible en: <http://dupratpellegrini.com.ar/publicaciones/DD-La-teoria-del-organ.pdf>.

En este mismo sentido, al órgano como agrupación de personas naturales el ordenamiento jurídico, específicamente la ley, y los estatutos sociales le atribuyen una determinada competencia funcional, para que dentro de la misma exprese la voluntad del ente social.

Por otro lado, el concepto de órgano social está integrado por dos elementos: uno objetivo, caracterizado por la competencia funcional expresamente atribuida por la ley y los estatutos sociales; y el elemento subjetivo, compuesto por la persona o personas naturales que ejercen dicha competencia funcional. El elemento objetivo es fundamental y necesario para determinar el alcance de la responsabilidad personal en cabeza de los administradores societarios (elemento subjetivo), puesto que la competencia determina la legitimación en el ejercicio de las funciones llevadas a cabo al interior del órgano societario, es decir, mientras el administrador actúe dentro de los límites legales y estatutarios impuestos no comprometerá personalmente su responsabilidad pues sus actos serán imputables a la persona jurídica.

Ahora bien, considerando las dos teorías mencionadas, se pueden señalar las siguientes diferencias e implicaciones: (i) la teoría del mandato tiene soporte en la relación jurídica entre dos sujetos contractuales, la sociedad (mandante) y el administrador (mandatario), quienes tienen una relación eminentemente contractual. De otro lado, en la teoría de la representación orgánica, la sociedad y el administrador constituyen un solo *centro de imputación de intereses*; (ii) en la teoría del mandato, el mandatario actúa por cuenta y riesgo del mandante, en la teoría orgánica, el órgano de administración actúa a nombre y por cuenta propia; (iii) en la teoría del mandato la representación es voluntaria, por cuanto el mandante o sociedad le otorga un poder a otro para la realización de ciertos actos; a contrario sensu, en la teoría del órgano es la ley de manera imperativa quien expresamente le atribuye la competencia al ente social; (vi) en la teoría orgánica, el administrador está investido por todas las facultades legales que apunten a llevar a cabo con plenitud el objeto social de la persona jurídica, mientras que en la teoría del mandato, el representante sólo puede hacer aquellos actos específicos que se encuentren determinados en la procura o poder.

3. ¿CUÁL TEORÍA ACOGE EL ORDENAMIENTO JURÍDICO COLOMBIANO?

Ambas teorías no son excluyentes sino que se complementan entre sí, ya que el administrador desarrolla sus funciones al interior del órgano societario, y en este sentido ejerce un contrato de mandato dentro del mismo¹⁷.

En este orden de ideas, la teoría orgánica no excluye la representación voluntaria propia de un contrato de mandato, y podríamos afirmar que el ad-

17 Por ejemplo, los miembros de la junta directiva son mandatarios y ejecutan un contrato de mandato al interior del órgano social.

ministrador goza de una doble vinculación con la sociedad, una vinculación contractual propia de la teoría clásica o del mandato y una vinculación orgánica propia de la representación orgánica. Esta afirmación es pertinente, ya que en la normativa vigente no existe una disposición que consagre expresamente una u otra posición¹⁸, sino que por el contrario, el ordenamiento jurídico se muestra tentado por acoger una especie de mixtura entre ambas teorías, y de ello es ejemplo la Ley 222 de 1995, en la que por un lado, refleja el carácter contractual de la relación administrador-sociedad al consagrar un cúmulo de deberes generales y específicos a cargo de los administradores societarios¹⁹. Por otro lado, la teoría del órgano indirectamente se encuentra consagrada en la ley en comento, ya que ésta se encarga de regular expresamente todas las facultades y competencias de los órganos que conforman la sociedad²⁰. Otra evidencia de la naturaleza mixta de la relación está dada por el momento en que se adquiere o se pierde la condición de administrador. Se requiere de un lado la designación hecha por el órgano legal o estatutariamente competente (Teoría orgánica), pero además la aceptación de la persona designada (teoría contractual). Así mismo, cuando se termina la relación con un administrador, la jurisprudencia laboral ha dejado claro que no es suficiente con nombrarle un reemplazo, porque la relación contractual, que puede ser laboral, podría quedar vigente²¹.

Independientemente de la teoría que se acoja, el administrador al estar en contacto directo con recursos y bienes ajenos, inevitablemente se encontrará en situaciones en las cuales existan simultáneamente dos intereses contrapuestos: el interés social de la persona jurídica y el interés particular del administrador, lo que se conoce como "conflicto de intereses". Ya sea que se acoja la teoría del mandato u órgano, al interior de la sociedad siempre se presentarán en mayor o menor medida este tipo de situaciones, por ello, más adelante se explican los

18 En el Código de Comercio de 1887 expresamente se acogió la teoría contractual para explicar la relación entre el administrador y la sociedad. Sin embargo, con la expedición del Código de 1971, normativa vigente, aquellas disposiciones que explicaban la relación jurídica entre administrador- sociedad como un contrato de mandato quedaron derogadas, razón por la cual, hoy en día, no hay unanimidad en cuanto a la naturaleza de la relación. Para mas información: Sabogal, Luis. *La relación administrador-sociedad*. Bogotá, Universidad externado de Colombia. Revista de derecho privado n.º 18, 2010.

19 "(...) Los deberes de los administradores tienen naturaleza eminentemente contractual, siendo imposible, a pesar de la fuerza de la teoría organicista descartar de plano la existencia del mandato (...)" Córdoba, op. cit., p. 575.

20 "(...) Con la entrada en vigencia de la ley 222/1995 (...) se incorporan disposiciones normativas en la que se hace alusión de manera manifiesta a los administradores como órgano". Sabogal, op. cit., pp. 137-138.

21 Corte Constitucional, sentencia C-621 de 2003. Expediente D-4450. MP: Marco Gerardo Monroy Cabra.

mecanismos adecuados para enfrentar, corregir y conjurar las consecuencias adversas o negativas de estar inmerso en un conflicto de interés.

II. LOS DEBERES DE LOS ADMINISTRADORES EN COLOMBIA

Pasamos ahora a estudiar quiénes son considerados por la ley colombiana como administradores, y cuáles son los deberes aplicables a esta condición. En el ordenamiento jurídico Colombiano, la Ley 222 de 1995²², señala en su artículo 22 quiénes se consideran administradores. La ley adoptó un criterio formal puesto que son administradores quienes conforme con la ley o los estatutos, desempeñen funciones de dirección. El Código de Comercio reafirma el carácter formal al exigir para el caso del representante legal el requisito del registro en la cámara de comercio²³. Sin embargo, el criterio formal resulta insuficiente para explicar la teoría del administrador de hecho²⁴, porque a veces quien verdaderamente administra no figura como tal, por lo que predicar los deberes e imputar la responsabilidad a estas personas se convierte en un problema. En Colombia, la figura del administrador de hecho solo está prevista en la SAS, no obstante en aplicación del principio general de buena fe, el no abuso del derecho, el fraude a la ley y el perjuicio injusto a terceros, se debería entender incorporada esta figura para los demás tipos societarios.

En el artículo 23 de la ley en comento, se establecieron tres deberes generales que deben guiar la conducta de los administradores y a renglón seguido se consagraron unos deberes específicos, los cuales se enmarcan y desarrollan dentro de los deberes generales, más específicamente dentro del deber de diligencia y lealtad²⁵. A continuación se desarrollará brevemente cada uno de los deberes, concentrándonos en el deber de lealtad, puesto que es el punto de partida al conflicto de interés.

22 Artículo 22: "Son administradores, el representante legal, el liquidador, el factor, los miembros de juntas o consejos directivos y quienes de acuerdo con los estatutos ejerzan o detenten esas funciones".

23 Artículo 164 y 442 del CCO: "es representante legal para todos los efectos legales quien se encuentre inscrito como tal en la cámara de comercio". Confirmado por la sentencia de la Corte Constitucional C-621 de 2003.

24 "(...) el administrador de hecho es aquel que sin ostentar formalmente el nombramiento de administrador y demás requisitos exigibles, ejerce la función como si estuviere legitimado prescindiendo de tales formalidades (...)" García-Cruces, José. *Administradores sociales y administradores de hecho*. Universidad de Zaragoza En: *Estudios jurídicos en homenaje al prof. Dr. Sánchez Andrés*. (s.f). p. 8. Disponible en: http://www.unizar.es/derecho_concursal/publicaciones/HomenajeSnchezAndres.pdf

25 Según Reyes Villamizar, el deber de diligencia y lealtad son copia de los "deberes fiduciarios" del derecho angloamericano provenientes de la institución anglosajona del *trust*, los cuales implican una relación de confianza. Para más información: Reyes, Francisco. *Responsabilidad de los administradores en la sociedad por acciones simplificada*. PANÓPTICA-Direito, Sociedade e Cultura, 2010, vol. 5, n.º 1. p. 220.

1. DEBERES GENERALES Y ESPECÍFICOS DE LOS ADMINISTRADORES

1.1 Deber de Buena Fe: más que un deber es un principio general del derecho²⁶ con doble significado. En primer lugar, se ha hablado de la buena fe objetiva como una cláusula general de conducta aplicable a todas las relaciones jurídico-patrimoniales y a todas las obligaciones que se derivan de las mismas independientemente de cual sea su fuente. En el caso de los administradores, el carácter objetivo se traduce en obrar con honestidad, rectitud e integridad en las relaciones y operaciones tanto internas (la gestión de administración propiamente dicha al interior de la sociedad) como externas (con terceros en general) resultantes del fenómeno de la representación.

Por otro lado, la buena fe subjetiva apunta a la creencia de actuar conforme a derecho. En otras palabras, es la convicción de que *"las actuaciones de las personas, en este caso de los administradores, son legítimas, exentas de fraude o cualquier otro vicio"*²⁷.

El deber de lealtad y de diligencia encuentran su fundamento en la buena fe y constituyen deberes de conducta exigibles a cada una de las partes en cada caso concreto. Por tal razón, resulta imposible analizar el deber de lealtad y de diligencia y sus correspondientes deberes específicos sin hacer mención al de buena fe y su indefectible conexidad con los demás.

1.2 Deber de diligencia o de cuidado: La obligación de diligencia guarda estrecha relación con la obligación general de administrar en desarrollo del objeto y fin social²⁸. El artículo 23 de Ley 222 hace referencia a la *"diligencia y cuidado de un buen hombre de negocios"* apartándose de la noción del derecho civil de un *"buen hombre de familia"*²⁹, en virtud del cual, dado el carácter especializado del encargo, el administrador debe actuar con una diligencia mucho mayor a la media u ordinaria, y cuyas decisiones se toman dentro de un mercado cada vez más competitivo, lo que hace que exista un equilibrio entre la rapidez y la seguridad de las decisiones, a la vez que un estándar de información previa necesaria para sustentarlas. En este sentido, la [diligencia especial, profesionalizada], se refiere al

26 Artículo 871 del Código de Comercio: *"Los contratos deberán celebrarse y ejecutarse de buena fe y, en consecuencia, obligarán no sólo a lo pactado expresamente en ellos, sino a todo lo que corresponda a la naturaleza de los mismos, según la ley, la costumbre o la equidad natural."* A su vez, en el artículo 835 se establece la presunción de la buena fe.

27 SUPERSOCIEDADES, Cir. Ext. n.º 100-000003 del 22 de julio del 2015. Capítulo V.

28 Ribas, Vincenç. *Aproximación al estudio del deber de lealtad del administrador de sociedades*. (tesis doctoral). Universidad Autónoma de Barcelona, 2004 p. 305.

29 Artículo 63 del Código Civil *"(...) culpa leve, descuido leve, descuido ligero, es la falta de aquella diligencia y cuidado que los hombres emplean ordinariamente en sus negocios propios. Culpa o descuido, sin otra calificación, significa culpa o descuido leve (...)"*

"actuar propio de una persona conocedora de negocios, que toma sus decisiones de manera informada y en pro del máximo beneficio posible para la sociedad que administra, siempre dentro de los límites impuestos por los estatutos y la ley (...) "³⁰.

En otras palabras, el deber de diligencia lleva implícito el deber de auto- información de los hechos relevantes del negocio en aras de asegurar la toma de decisiones acertadas para el adecuado desarrollo del objeto social. Sin embargo, el deber de información variará en cada caso conforme con las complejidades del negocio, y de su ejercicio se determinará cómo debió comportarse el administrador.

El deber de diligencia es una obligación de medio porque no exige un determinado resultado, ello en virtud de que el riesgo o contingencia es inherente a las actividades empresariales³¹. El riesgo en la toma de decisiones lo asume la sociedad y sus socios o accionistas, siempre y cuando el administrador haya agotado todos los mecanismos necesarios, suficientes y disponibles en el mercado para contar con una adecuada información y así poder visualizar las consecuencias de la decisión³².

En el mismo sentido, en el derecho Español se dice que los administradores deben desempeñar el cargo con una diligencia especial, el de un "ordenado empresario", lo que significa que su proceder debe corresponder con este modelo de conducta³³.

Lo anterior tiene dos implicaciones: (i) *"el administrador en el desarrollo de su gestión debe ser razonable y prudente, es decir, no le está permitido arriesgar más de lo razonable sin una previa y adecuada planificación y estudio, tal y como lo hace un empresario cuando pone en riesgo su propio patrimonio"* y (ii) *"se le exige al administrador que desarrolle una gestión profesional adecuada al mundo de los negocios"*³⁴.

Además, el deber de diligencia es un deber abstracto y general, puesto que como lo indica la norma, todo administrador deberá actuar dentro del marco de la diligencia de un buen hombre de negocios, y proceder a tomar las decisiones con buena fe y en consideración absoluta del interés social³⁵ en pro de

30 López, María y Toro, Lina. *Responsabilidad sin culpabilidad para los administradores societarios*. Medellín, 2015. p. 27.

31 La noción del "buen hombre de negocios" es afín con la teoría de la asunción de los riesgos. Mientras que la del "buen padre de familia" busca prevenir el riesgo, y si ello no llegare a ser posible reducirlo al mínimo. En: Reyes, , *responsabilidad*, op. cit., p. 221.

32 Sentencia 2013-801-082, Superintendencia de Sociedades. Caso Pharmabroker, en donde se realiza una interpretación al deber de cuidado.

33 Ménendez, Uría. *Guía práctica sobre deberes y régimen de responsabilidad de los administradores en el régimen mercantil*. Barcelona, 2015. p.7.

34 Díaz, José, *Deberes y responsabilidades de los administradores de las sociedades de capital*. Segunda Ed. Editorial Aranzadi. Navarra, 2006. pp. 127-128.

35 La teoría contractualista sostiene que el interés social es el "interés común de los socios como tales. Por su parte, la teoría institucionalista pregona que el interés social viene a ser un interés común, no sólo el de los socios, sino también el de otros sujetos (trabajadores, acreedores sociales y

garantizar el máximo éxito empresarial. Sin embargo, el legislador ha establecido ciertos parámetros de conducta tendientes a facilitar la determinación del deber de diligencia, para lo cual se toman los deberes específicos³⁶. Los cuatro primeros numerales del art. 22 de la Ley 222/95 pueden ajustarse al deber de diligencia o de cuidado; mientras que los tres últimos son consagraciones del deber de lealtad. Por supuesto, se trata de conductas de carácter enunciativo, por consiguiente el juez al valorar cada caso en concreto en virtud de su labor de interpretación puede crear nuevos supuestos o parámetros de conducta³⁷. Su función es interpretativa ya que sirven de guía a todos los intérpretes del derecho e inclusive al propio administrador sobre el alcance de su responsabilidad.

1.2.1 Deberes específicos del deber de diligencia: A continuación se mencionan los deberes específicos relacionados con el deber de diligencia, con un comentario especial frente a la discrecionalidad de los administradores en el ejercicio de sus funciones como tales.

1. Realizar esfuerzos conducentes al adecuado desarrollo del objeto social: este deber específico consiste en que:

"el administrador debe procurar la realización de las actividades comprendidas en el objeto social de la compañía llevando a cabo las gestiones apropiadas para la consecución de los resultados perseguidos por la sociedad teniendo en cuenta las condiciones económicas y de mercado que le rodean"³⁸.

Para garantizar la eficiencia en la gestión administrativa, es menester que los administradores dispongan de un amplio radio de acción que los incentive a

basta la colectividad nacional)". En: COUTINHO DE ABREU, Jorge M. *Interés social y deber de lealtad de los socios*. Revista de Derecho de sociedades, 2002 n.º 19. Editorial Aranzadi. La teoría institucionalista concibe a la sociedad como una "institución económica independiente de sus socios con una función social superior a la "profit-making function". En: CASANOVA, Miguel. *La fundamentación de los fiduciary duties de los administradores de sociedades y sus consecuencias en la acción social de responsabilidad*. (tesis doctoral). Universidad de Navarra, Pamplona, 2012.

36 La legislación española habla de los deberes de fidelidad y de cuidado como especies del deber general de diligencia, de los cuales, al igual que en nuestro ordenamiento, se derivan determinados deberes específicos y son: (i) deber de administrar en interés de la sociedad; (ii) deber de información; (iii) deber de confidencialidad. El deber de cuidado se refiere a la "diligencia de un ordenado empresario", o "la diligencia de un ordenado comerciante" para otro tipo de gestores no societarios, y sus deberes específicos son: (i) deber de atención; (ii) deber de profesionalidad; (iii) deber de prudencia. En: RIBAS, Vicenç. *Deberes de los administradores en la Ley de Sociedades de Capital*. Revista de derecho de sociedades, 2012 n.º 38, pp. 73-154.

37 La obligación de rendir cuentas y llevar en debida forma los libros de comercio (deber de diligencia); Abstenerse de apropiarse indebidamente de los activos sociales de la sociedad (deber de lealtad) son ejemplos del carácter no taxativo de la norma.

38 SUPERSOCIEDADES, Cir. Ext 100- 006 de 2008 numeral 3.1.

tomar decisiones que si bien comportan un alto grado de riesgo, contribuyen a tener mejores resultados económicos o una eficiencia en el manejo de sus recursos; esto es lo que se conoce en derecho norteamericano como la *regla de la discrecionalidad*³⁹, en virtud de la cual "(...) los administradores son autónomos en la toma de determinaciones, siempre y cuando éstas obedezcan a un juicio prudente de su parte"⁴⁰.

Esta regla opera como un blindaje de responsabilidad a favor de los administradores por la toma de decisiones perjudiciales a los intereses de la compañía, siempre y cuando se cumplan con los siguientes requisitos⁴¹: (i) el principio general de buena fe debe verse reflejado en la decisión; (ii) el administrador no debe estar inmerso en un conflicto de interés, es decir no debe tener un interés particular en el objeto del negocio o acto; (iii) debe cumplir con el deber de informarse adecuadamente sobre el objeto de la decisión; (iv) el ejercicio de la actuación debe ser precedido por la creencia de actuar en el mejor beneficio para la sociedad.

En Colombia no existe una consagración expresa de la regla de la discrecionalidad de los administradores. Sin embargo, en mi opinión, el deber de diligencia, en cualquier ordenamiento jurídico, impone la obligación en cabeza de los administradores de hacer todo lo conducente y necesario para el desarrollo del fin social de la empresa, para lo cual se debe garantizar cierto margen de discrecionalidad en la toma de decisiones por ser los únicos sujetos, al interior de la sociedad, que cuentan con los conocimientos técnicos y especializados que imponen las actividades sometidas a su determinación. Esta autonomía del administrador no es absoluta ya que se encuentra limitado no sólo por lo descrito en el objeto social, en los estatutos y por las instrucciones recibidas de los órganos sociales, sino por el *juicio prudente y razonable* que debe guiar al administrador sumándole todos los criterios anteriormente establecidos para llegar a una decisión correctamente informada⁴².

39 La aplicación de la regla se hizo notable a mediados de los 80 en virtud de una serie de casos como lo fue, *Smith v. Van Gorkom* conocido como *trans unión* supuso el punto de partida para la aplicabilidad de los criterios de la BJR. (*business judgement rule*). En: TREVIJANO, Cristina Guerrero. *La Business Judgement Rule en los procesos de M&A*. Documentos de trabajo del Departamento de Derecho Mercantil, 2010, n.º 32, p. 1. Madrid: Universidad Complutense.

40 Reyes, *responsabilidad*, op. cit., pp. 208-239.

41 Laguado, Darío. *La responsabilidad de los administradores*. *Vniversitas*, 2004, vol. 53, n.º 108, pp. 271-273.

42 Últimamente, la Superintendencia de Sociedades ha aplicado la regla de la discrecionalidad de los administradores en determinados casos concretos. Sentencia 2014-800-052, Superintendencia de Sociedades. Partes: María del pilar Luque de Shaefer VS Luque torres Ltda; sentencia 2013-801-82. Partes: Aldemar Tarazona Monter, Lizardo Amaya, Rodolfo Rivera VS Alexander León; sentencia 2013-801-022. Partes: Colombiana de Envases Industriales (Colvinsa) S.A. VS Adelaida Lizarazo, Arturo Lizarazo y otros.

2. Velar por el estricto cumplimiento de las obligaciones legales estatutarias: Consagra una doble manifestación. Por un lado, el de vigilar que la sociedad cumpla con todas las normas legales y contractuales, y por el otro vigilar la actuación de sus compañeros y subalternos en la administración.

3. Velar porque se permita la adecuada realización encomendada al revisor fiscal: Los administradores están en la obligación de suministrarle al revisor fiscal toda la información contable, financiera y administrativa que consideren adecuada e indispensable para el desarrollo de sus funciones.

4. El deber de guardar la reserva industrial y comercial de la sociedad: *"La reserva industrial y comercial de la sociedad está integrada por todo tipo de conocimientos que por su valor competitivo es sustraído por voluntad del empresario del ámbito de lo público y guardado en secreto con especial sigilo y cuidado. El administrador debe abstenerse de revelar este tipo de conocimientos, así como realizar todas las conductas tendientes a impedir que esto suceda. La infracción a este deber puede generar consecuencias en el ámbito penal, laboral y del derecho de la competencia (...)"*⁴³.

1.3 Deber de lealtad de los administradores: De manera general, el deber de lealtad se manifiesta en dos elementos: (i) la obligación del administrador de desempeñar todas sus funciones con lealtad, rectitud y honestidad, y (ii) la obligación de defender el interés social, entendido como el interés común de la sociedad y no el de cada uno de sus asociados; más específicamente, es la prestación radicada en cabeza del administrador societario de anteponer en cualquier situación el interés social de la compañía sobre aquellos intereses propios o de terceros. Por tal razón, el concepto de deber de lealtad se construye sobre los supuestos de conflicto de interés ya que, precisamente, la finalidad de este deber se materializa, primero en la obligación del administrador como mandatario de la sociedad de evitar situaciones conflictuales y en segundo lugar, ya incurrido en un conflicto de interés, la obligación de abstenerse de lograr un provecho propio o ajeno en virtud del mismo.

Así mismo, la norma trae tres deberes específicos que se ajustan perfectamente a la finalidad que persigue el deber de lealtad como un deber general del administrador.

1. Dar un trato equitativo a todos los socios y respetar el ejercicio del derecho de inspección de todos ellos.

2. Abstenerse de utilizar indebidamente información privilegiada.

3. Abstenerse de participar en actos que impliquen competencia con la sociedad

4. Abstenerse ejecutar actos que impliquen situaciones de conflicto de interés.

43 Laguado, *op. cit.*, p. 251.

Como quiera que el propósito particular de este documento está centrado en la forma de corregir los conflictos de interés, los tres últimos se desarrollarán más adelante.

2. EL DEBER DE LEALTAD⁴⁴ COMO PRESUPUESTO DEL CONFLICTO DE INTERÉS

El deber de lealtad es un sub-principio del deber, o mejor, del principio general de buena fe ya que el administrador debe orientar su conducta hacia aquello que resulte más favorable para la sociedad que administra. Igualmente, la aplicación del deber de lealtad se manifiesta primordialmente a través de dos prestaciones a cargo del administrador. En primer lugar, prestaciones de no hacer, consistentes en prohibiciones o deberes de conducta cuya finalidad es prevenir situaciones de conflicto de interés⁴⁵. Algunas de esas prohibiciones están explícitamente consagradas en la ley, y desarrolladas en la doctrina, pero otras por el contrario, son producto de una labor de interpretación por parte del juez. En segundo lugar, una prestación de hacer que se le impone al administrador inmerso en un de conflicto de interés de informar y revelar tal situación al órgano máximo social.

Así mismo, el contenido del deber de lealtad es de orden público y su regulación es de carácter imperativo de manera que las disposiciones estatutarias o contractuales que puedan ser contrarias a su contenido o limitativas de responsabilidad se entenderán por no escritas⁴⁶. Del mismo modo, las prohibiciones no son absolutas, puesto que pueden ser desconocidas y aprobadas por la misma sociedad a través de la figura de la *convalidación o ratificación* (punto que se desarrollará más adelante).

De otro lado, el deber de lealtad, además de su naturaleza preventiva goza de una naturaleza restitutoria del interés social de la compañía, está se manifiesta en situaciones en las cuales ya existe un conflicto de interés, pero no obstante, se le da la posibilidad al administrador de subsanar el conflicto tramitándolo conforme a los parámetros legales. En este orden de ideas, la infracción al deber de lealtad solo se da en aquellos casos en donde se prescinde de su naturaleza preventiva y restitutoria. En el primer caso, cuando el administrador no lo evita pudiendo hacerlo, o lo busca a pesar de la prohibición, en ambos casos estaría incurriendo en un desconocimiento de este deber específico. En el segundo

44 "Mientras que los deberes de diligencia suponen los mecanismos de reacción del ordenamiento jurídico frente a las conductas imprudentes o culpables del gestor, los deberes de lealtad se dirigen a tutelar los intereses del principal en las situaciones de conflicto de interés, en tanto en cuanto existe un riesgo de dañar el interés ajeno en las relaciones gestoras". En: Alonso, Carmen. *El conflicto de interés de los administradores en las sociedades cotizadas*. Madrid: Universidad Pontificia Comillas ICAI-ICADE, 2014. p. 8.

45 Por ejemplo, abstenerse de utilizar indebidamente información privilegiada.

46 Ménendez, *op. cit.*, p. 12. 2.2.

caso, cuando el administrador que se encuentra en la situación de conflicto incumple el deber de informar al principal la posición de conflicto de interés.

Finalmente, cabe resaltar que es posible que en una misma situación fáctica se infrinjan simultáneamente todos o varios de los deberes de administración, en cuyo caso el mandatario deberá respetar el procedimiento legal establecido para cada deber vulnerado⁴⁷. Del mismo modo, en otros supuestos, dada la complejidad o el volumen de las tareas empresariales obligan a que estas sean realizadas por diferentes administradores, es decir, que se delegue una misma gestión a varios *managers* o directores para que la desarrollen conjuntamente. Puede suceder que uno o varios delegados infrinjan el deber de lealtad y por consiguiente incurran en conflicto de interés, en este evento, el deber de información se predica tanto para los administradores en situación de conflicto como de aquellos que conocieron o debieron conocerlo, so pena de indemnizar los perjuicios que le causen a la sociedad o a terceros.

2.1 Delimitación al concepto de conflicto de interés

El presupuesto de aplicación del deber de lealtad se vuelve efectivo a través de las situaciones de conflicto de interés, puesto que es allí en donde se analiza si el administrador se comporta como un *fiel representante* que obra con buena fe y en el mejor interés de la sociedad. Actualmente, no existe una definición legal del conflicto de interés, lo que ha llevado a desarrollar una construcción doctrinaria del mismo⁴⁸. Para efectos de este documento tomamos la siguiente definición doctrinal:

"El conflicto de interés es aquella situación jurídicamente relevante de concurrencia o relación de intereses opuestos entre el gestor y el principal, que se concreta en un acto o negocio, objetivamente contemplado, que por su naturaleza y finalidad resulta idóneo para poner en riesgo los intereses del principal"⁴⁹

Siguiendo esta acepción, se derivan tres elementos esenciales⁵⁰ presentes en toda relación de agencia o de gestión y necesarios para la configuración de un eventual conflicto de interés: (i) "*La existencia de una simultaneidad de intereses:*"

47 Sentencia de la Superintendencia de Sociedades 2014-801-084. Partes: Morocota Gold S.A.S VS Wbeimar Rincón y Luz Martínez, en este fallo se analizan las violaciones al deber de lealtad y de diligencia.

48 Cir. Ext, 2008, op. cit., "existe conflicto de interés cuando no es posible la satisfacción simultánea de dos intereses, a saber: el radicado en cabeza del administrador y el de la sociedad bien porque el interés sea de aquél o de un tercero". "Ésta definición no es la adecuada ya que si se puede satisfacer dos intereses simultáneos, y al afirmar lo contrario se eliminaría la posibilidad de que el máximo órgano social otorgue la autorización al administrador de intervenir en la situación bajo conflicto de interés". En: Córdoba, op. cit. p. 616.

49 Ribas, tesis doctoral, op. cit., pp. 378-380.

50 Ribas, *deberes de los administradores*, op. cit., pp. 94-95.

el interés particular o ajeno en el acto o negocio y el interés social; (ii) "La contraposición entre los mismos;" (iii) "La existencia de un riesgo potencial de lesión de los intereses de la sociedad".

De estos elementos, se pueden derivar los siguientes tipos de conflicto de interés:

1. El administrador puede tener un interés directo o indirecto en el acto o negocio: En el primer supuesto, el mandatario toma interés en su nombre para obtener un beneficio propio, mientras que en el segundo, la conducta del administrador tiene como finalidad la defensa de un interés de un tercero con quien tiene una estrecha relación de carácter familiar, económica, funcional o societaria. De esta característica se desprende la siguiente.

2. El conflicto de interés puede ser directo o indirecto: es directo, cuando el administrador realiza la conducta por cuenta y a nombre propio, de tal manera que manifiesta su voluntad explícitamente, y por consiguiente su interés personal en el acto o negocio en cuestión⁵¹. Por el contrario, el conflicto indirecto⁵²:

"nace cuando en un mismo plano se superpone una doble relación, cuya conexión se produce con la presencia de un tercero llamado persona vinculada, quien establece una relación jurídica con la sociedad, mientras que, a la par, mantiene otra con el administrador. El elemento que permite determinar la posición interesada del administrador deriva del vínculo que media entre el administrador y el tercero"⁵³.

3. El conflicto de interés puede ser permanente u ocasional dependiendo si la conducta del administrador es continuada o permanente en el tiempo, por ejemplo los actos de competencia; o si por el contrario que la conducta sea de corta duración, por ejemplo la apropiación de los activos sociales de la sociedad⁵⁴.

La existencia de estos elementos configura un conflicto de interés, lo que no significa que se haya presentado un daño concreto a la sociedad, sino la creación de un riesgo que puede degenerar o no en un daño efectivo al interés social, asunto que sería relevante en un eventual juicio de responsabilidad del administrador. Del mismo modo, existen elementos eventuales que pueden acompañar o no a los elementos esenciales, consistentes en "la lesión patrimonial

51 Ribas, *op. cit.*, p. 96.

52 Sentencia de la Superintendencia de sociedades 2015-800-216, partes: Industrias de Refrigeración Hiver S.A.S VS Jorge Echeverri y Alfonso Antoñanzas. Y Sentencia 2014-801-099, partes: Luz Mancilla y Alfonso Bolívar VS Handler S.A.S.

53 Ribas, *deberes de los administradores*, *op. cit.*, p. 96.

54 El Derecho español consagra todas estas tipologías y prevé consecuencias diferentes para cada una de ellas. Por el contrario, el Derecho colombiano no distingue entre una u otra modalidad y lo trata de manera uniforme. Para más información: Revista de la Superintendencia de sociedades, *juntas directivas*. Edición n.º 10 abril-mayo 2015.

y la intencionalidad del gestor -negligencia o dolo del gestor"⁵⁵, los cuales si bien no son relevantes para determinar la existencia de un conflicto de interés, si lo serán para predicar la responsabilidad del administrador frente a la sociedad.

2.2. Modalidades típicas de conflicto de interés

Este punto es producto del desarrollo normativo que ha hecho la doctrina y la jurisprudencia de aquellas conductas comunes y propias de las relaciones de mandato, en las que se puede presentar un conflicto de interés. Su identificación sirve como herramienta informativa de carácter preventivo dirigida al administrador para que en caso de duda sobre si esta frente a una situación conflictiva o no, identifique los elementos esenciales característicos de todo conflicto de interés, y en caso de un resultado o verificación positiva, abstenerse de ejecutarlas.

En razón de la limitación de espacio, se desarrollan tres conductas específicas:

2.2.1 Operaciones contractuales con la sociedad: en este evento, se pueden presentar una de dos situaciones: (i) la auto contratación: el administrador directamente celebra contratos con la sociedad que administra, es decir, el mandatario simultáneamente representa su interés personal en el acto o negocio, y el interés de la sociedad⁵⁶; (ii) el administrador por interpuesta persona celebra contratos con la sociedad que administra, actuando aquella en representación del administrador. Siendo así, para que en dichos eventos un contrato esté incurso en conflicto de interés se necesita la concurrencia de los elementos esenciales con los siguientes matices:

1. *La simultaneidad de intereses*: el interés tanto del administrador y de la sociedad en participar del negocio y obtener el provecho económico. Además, el negocio ejecutado por el administrador debe estar previsto en el desarrollo del objeto social de la compañía.

2. *La contraposición de intereses*: Que el administrador reporté un beneficio para si o para otro por la participación en el negocio, lo que conlleve a un posible sacrificio de los resultados económicos que eventualmente podría obtener la sociedad.

3. *La existencia del riesgo potencial*: se traduce en que las condiciones contractuales deben ser injustas (*unfair*) o inequitativas para la sociedad⁵⁷.

55 Ribas, *deberes de los administradores*, op. cit., pp. 94-95.

56 Sentencia de la Superintendencia de Sociedades 2013- 801- 007. Partes: Estructuras Metálicas S.A VS Praxedis Correa, Santiago Correa y Gloria Gallo.

57 "Esta injusticia de la operación comercial puede revelarse de dos maneras, ya sea mediante una comparación meramente ideal de la transacción con otra hipotética que se efectúa en un mercado eficiente y competitivo que se da cuando no existen datos objetivos sobre una determinada clase de contratos, o bien, comparando que el

2.2.2 Actos de competencia con la sociedad que administran: prohibición que se encuentra consagrada en el n.º 7 del artículo 23: *"abstenerse de participar por sí o por interpuesta persona en interés personal o de terceros, en actividades que impliquen competencia con la sociedad"*.

El conflicto de interés derivado de los actos de competencia se refiere a eventos en que *"el administrador desarrolle actividades económicas iguales, análogas o complementarias a las previstas en el objeto social de la sociedad"*⁵⁸. Esta situación presupone la existencia de un conflicto de interés⁵⁹, pues en un escenario de competencia económica la ganancia de uno necesariamente implica la pérdida de otro, haciendo imposible que una misma persona pueda tomar una decisión que no ponga en riesgo el interés de la sociedad.

La configuración de los elementos esenciales característicos de los actos de competencia se presentan de la siguiente forma:

1. *La simultaneidad de intereses*: el interés del administrador como competidor de la sociedad, y el de la sociedad que representa.

2. *La contraposición de intereses*: Como administrador, existe un interés en obtener el máximo beneficio posible para la sociedad en desarrollo de su actividad económica, a la par que como agente de mercado en competencia directa tiene la misma pretensión.

3. *El riesgo de lesión a los intereses de la sociedad*: la existencia del riesgo se presenta en aquellas situaciones en que el administrador concurre en el mercado en la búsqueda de la misma clientela por la que se interesa la sociedad.

*"La conducta que pretende sustraer la clientela de la sociedad pone en riesgo los intereses sociales y es un acto interesado en la medida que el esfuerzo competitivo se realiza en beneficio del administrador, de forma que hace para él (o para un tercero) lo que se ha obligado a promover para su principal"*⁶⁰.

2.2.3 Utilización indebida de información privilegiada: Es el equivalente al deber de reserva o de confidencialidad en el derecho Español. La acepción

resultado de este negocio es menos ventajoso que el obtenido en un contrato que se habría acordado con una persona racional y no afectada por un conflicto de interés. En este evento si existen datos objetivos de precios de transferencia efectuados en un mercado competitivo en el momento temporal de la celebración del negocio impugnado" En: Páez, Manuel Antonio Bernet. *El Deber de Lealtad de los Directores y los Contratos en Conflicto de Interés*. Revista Chilena de Derecho Privado, 2007, n.º 8, p.113.

58 A los efectos, resulta ilustrativa la norma que en el derecho español señala el mismo conflicto. Ley de sociedades de capital Española artículo 230: *"prohibición de competencia: los administradores no podrán dedicarse, por cuenta propia o ajena, al mismo, análogo, complementario género de actividad que constituya el objeto social, salvo autorización expresa de la sociedad, mediante acuerdo de la junta general..."*

59 el n.º 7 de la Ley 222/95 toma el conflicto de interés como una situación diversa al acto de competencia.

60 Ribas, op. cit. p. 114.

"privilegiada" hace referencia al carácter reservado y confidencial de la información, puesto que existe un número reducido de sujetos que tienen acceso a ella en razón de su posición o cargo. Además, la información tiene que ser relevante, es decir, que su conocimiento pueda influir en el destino de los activos de la sociedad y, que no haya sido divulgada en el mercado.

"(...) Está modalidad no se refiere a toda la información a la que tienen acceso los administradores de la compañía sino a un conjunto de datos que sirve de materia prima para tomar decisiones razonables, que tiene carácter societario, que es confidencial y que conlleva un interés digno de tutela jurídica por mantenerla en reserva (...)"⁶¹.

Esto conlleva a afirmar que esta obligación no es absoluta, puesto que si la aplicación de la información destinada a fines particulares resulta inofensiva para la sociedad, el administrador eventualmente podría utilizarla salvo que exista pacto contrario entre las partes.

También, para que el comportamiento del administrador sea considerado bajo conflicto de interés se requiere la concurrencia de los elementos esenciales, esto es:

1. *La concurrencia de dos intereses*: el interés del mandatario en usar la información conocida gracias al desempeño de sus funciones para fines privados, y el interés de la sociedad que se manifiesta a través de la utilización de la misma para el cumplimiento del fin social de la compañía.

2. *La contraposición de los intereses*: el uso interesado por parte del administrador supone un detrimento a los intereses sociales de la sociedad.

3. *La existencia de un riesgo potencial de lesión*: se da en el momento en que el administrador utiliza la información para beneficio propio o de un tercero respecto del cual existe una vinculación. Se puede presentar de muchas maneras, como por ejemplo el uso para fines competitivos o para obtener oportunidades negócias.

2.3 Implicaciones de actuar en conflicto de interés

La responsabilidad de los administradores societarios es un tema de cadente importancia, a tal punto que se ha buscado corregir a través de múltiples regímenes sancionatorios o de responsabilidad diferentes.

Este punto busca determinar cuáles son las consecuencias de que un administrador, con independencia de que sea consciente de que se encuentra o no en una situación de conflicto, ejecute el acto. Por lo tanto, estamos haciendo

61 Córdoba, *op. cit.*, p. 616.

referencia a la responsabilidad que le es imputable al administrador, desde el punto de vista penal, administrativo y civil, haciendo hincapié en los dos últimos regímenes.

2.3.1 Responsabilidad penal: Se predica en aquellos eventos en donde la conducta desplegada por el administrador se ajusta a un comportamiento típico, antijurídico y culpable. Dentro de los tipos penales que puedan estar relacionados con la administración societaria están los siguientes: (i) abuso de confianza (artículo 249); (ii) indebida utilización de información privilegiada (artículo 258); (iii) hurto (artículo 239); (iv) estafa (artículo 246); (v) enriquecimiento ilícito (artículo 412); (vi) y los delitos contra el orden económico y social (título X CP).

2.3.2 Responsabilidad administrativa: tiene su fundamento en el artículo 85 n.º 4 de la ley 222/95 mediante la cual se consagra que ante el incumplimiento de los deberes legales y estatutarios, los administradores pueden ser investigados y removidos de sus cargos por parte de la Superintendencia de Sociedades. Además, los administradores podrán quedar inhabilitados para ejercer el comercio. Más que una sanción administrativa es una sanción disciplinaria.

2.3.3 Responsabilidad civil: Su fundamento legal se encuentra en el artículo 200 del Código de Comercio, modificado por el artículo 24 de la Ley 222/95. No obstante ser un régimen especial de responsabilidad aplicada única y exclusivamente a los administradores de una sociedad mercantil, para poder someterlos al deber resarcitorio de indemnización de los perjuicios causados ya sea a la sociedad, a los socios o a terceros, es indispensable la concurrencia de los elementos previstos en la teoría general de la responsabilidad civil, esto es, la existencia de un acto antijurídico⁶², el daño, y la relación de causalidad entre ambas. Bastará entonces la prueba de estos elementos para que se imponga la responsabilidad solidaria a aquellos que hayan contribuido a la causación del perjuicio ya sea por su acción⁶³ u omisión⁶⁴.

En este sentido, el análisis de los elementos de la responsabilidad civil en el marco de las actuaciones del administrador se manifiesta a través de la conducta antijurídica, la que normalmente supondrá la infracción de los deberes y obligaciones legales o estatutarias; del daño emergente, consistente en una

62 Se logra acreditar a través de la prueba del incumplimiento de los deberes inherentes al cargo de administrador.

63 Cuando el administrador ejecuta una conducta contraria a sus intereses, por ejemplo, utilización indebida de los activos sociales de la sociedad.

64 Cuando el administrador se abstiene de realizar una conducta primordial para la salvaguarda de los intereses societarios, por ejemplo, omite rendir cuentas.

afectación patrimonial efectiva; el lucro cesante, traducido en la pérdida de un beneficio fundadamente esperado, y adicionalmente la relación causal entre el daño y el incumplimiento de los deberes⁶⁵. En este mismo sentido, le corresponde a la sociedad como demandante probar la existencia de los tres elementos constitutivos de la responsabilidad civil del administrador.

La norma en comento, incluye una presunción de culpa a favor de la sociedad, cuyo efecto es la inversión de la carga de la prueba de modo que el administrador deberá probar que su conducta fue diligente y por consiguiente que estuvo exenta de culpa. Además, establece la prohibición de la condonación del dolo futuro y todas las cláusulas limitativas de responsabilidad se entenderán por no escritas.

De otra parte, como la norma no distinguió entre el carácter contractual o extracontractual de la responsabilidad, se vio en la necesidad de diferenciar entre la acción individual de responsabilidad como una acción personal y de naturaleza extracontractual, con la acción social de responsabilidad de carácter colectiva y eminentemente contractual. En la primera, la legitimación por activa se encuentra en cabeza de los socios o terceros que hayan sufrido perjuicios por las actuaciones del administrador, y en la segunda la legitimada es directamente la sociedad. Además, estamos en presencia de un régimen unitario de responsabilidad porque la ley 222 de 1995 no establece diferencia alguna en función de los deberes objeto de infracción.

En este orden de ideas, la respuesta jurídica que trae el ordenamiento frente a los conflictos de interés se manifiesta a través de las medidas *a priori* (consecuencias frente al administrador) y *a posteriori* (consecuencias frente al acto). Las primeras:

"(...) se basan en evitar que los conflicto de interés se puedan materializar en un daño para la sociedad y por ello se basan en controles preventivos o autorizaciones cuya obtención es necesaria con carácter previo a cualquier actuación en situaciones de conflicto (...)"⁶⁶.

Su inobservancia genera el acaecimiento de los regímenes de responsabilidad anteriormente descritos. Por el contrario, las medidas *a posteriori*, operan *ex post*, y se refieren: "(...) a las posibles acciones judiciales contra los actos y acuerdos adoptados por los administradores afectados por los conflictos de intereses (...)"⁶⁷.

65 Para mas información: Sánchez-Calero, Juan. *La reforma de los deberes de los administradores y su responsabilidad*. En: Estudios sobre el futuro Código Mercantil: libro homenaje al profesor Illescas Ortiz. Universidad Carlos III de Madrid, 2015. pp. 894-917.

66 Revista de la Superintendencia de sociedades, *juntas directivas*. Edición n.º 10 abril-mayo 2015. p. 13.

67 *Ibíd.*, p. 13.

En éstas, el objeto no es la persona o la esfera patrimonial del administrador, sino el acto viciado de deslealtad, y es lo relativo a la nulidad del acto celebrado bajo un conflicto de interés. Cabe anotar, que la nulidad se produce por la violación de un precepto legal, que en este caso, sería el n.º 7 del art. 23 de la Ley 222/95 por ser una norma imperativa, y será competencia del juez determinar en cada caso en concreto si la conducta del administrador es desleal o no, y cuál será su correspondiente sanción. Así mismo, la sola vulneración del interés social bajo cualquier modalidad de conflicto de interés genera la declaratoria de nulidad del acto.

Es importante resaltar, que las consecuencias de todo el régimen de responsabilidad generan un mayor nivel de prevención para la realización de las conductas desleales e ilícitas, ya que cargar con la responsabilidad y sus correspondientes sanciones en términos económicos es más costoso que los eventuales beneficios que obtuvieren los sujetos con el desarrollo de las conductas objeto de sanción.

III. LOS MECANISMOS DE CORRECCIÓN DE LOS CONFLICTO DE INTERÉS

Paso a continuación a revisar los mecanismos que permiten corregir las situaciones de conflicto, como quiera que se parte de la base que no es posible eliminarlas completamente. En ese sentido, encontramos que todo mecanismo de corrección aplica la regla *disclose and abstain*⁶⁸, la cual tiene su fundamento en la obligación de *transparencia* y *abstención* que debe seguir todo administrador societario, según la cual el mandatario, una vez tenga conocimiento de la situación conflictiva en la que se encuentra e inclusive aun cuando tenga duda de la misma, deberá abstenerse de ejecutarla e inmediatamente comunicársela al órgano social competente con el propósito de obtener la debida autorización de la misma. En el evento en que el director incumpla esta obligación incurrirá en responsabilidad y serán aplicables todas las reglas vistas en el acápite precedente.

El contenido de los mecanismos de corrección se despliega en cuatro fases distintas: (i) la revelación de la situación bajo conflicto de interés; (iii) la autorización; (iv) la ejecución de las conductas conflictuales; (v) la ratificación cuando no se ha observado ninguna de las fases anteriores:

1. Revelación o deber de información sobre situaciones de conflicto: El deber de lealtad además de contar con un contenido negativo o prohibitivo (deber de abstención) presenta un contenido positivo relativo a las exigencias

68 Para mas información: Falasca, Fernando Gabriel. *Análisis comparativo del sistema probatorio en materia de "insider trading" en Argentina y en USA.* (s.f).

de informar (deber de información) sobre la posición de conflicto de interés⁶⁹. El deber de información es la notificación o comunicación que el administrador en conflicto le hace al órgano social correspondiente tal como lo dice el inciso final del artículo 23 de la Ley 222, incluyendo el asunto en el orden del día de la convocatoria correspondiente.

Este deber de información es una herramienta útil para poder prevenir comportamientos desleales⁷⁰. Así mismo, supone la satisfacción por parte del administrador de su deber de lealtad⁷¹.

Por otro lado, la información debe ser relevante, completa y verdadera, deberá notificar de todos los hechos importantes de la transacción a fin de evitar influir negativamente sobre la decisión de si autorizan o no la operación para lo cual el administrador tendrá en cuenta los intereses de la sociedad⁷². Además, debe ser oportuna. La información oportuna hace referencia al momento en que debe producirse la notificación, debiendo tener lugar cuando el administrador tenga conocimiento de la existencia de la situación de conflicto.

"(...) El interesado debe informar anticipada y tempestivamente y, en cualquier caso, en un momento anterior al de la ejecución de la conducta interesada. La comunicación extemporánea resulta por sí misma una prueba de la infracción del deber, aunque no prejuzga la decisión final del principal, que puede ratificar la conducta del gestor o tomar las medidas que correspondan para evaluar nuevos riesgos y evitar daños a la sociedad (...) "⁷³.

2. Proceso de autorización: la aprobación de la situación conflictiva tiene como efecto principal la extinción de responsabilidad de los administradores, lo que supone la imposibilidad por parte de la sociedad de ejercer la acción social de responsabilidad en contra de los directores que llevaron a cabo la gestión autorizada.

La fase de autorización cumple una doble función. Por una parte, es beneficiosa para la sociedad al establecer herramientas preventivas de aprobación de las conductas desleales del administrador e impedir que la realización de las mismas lesionen sus intereses, y por otra parte, permite a la sociedad, previa a la notificación de una información plena, autorizar la ejecución de conductas

69 Ribas (tesis doctoral), *op. cit.*, pp. 462-472.

70 Sánchez-Calero, *op. cit.*, pp. 903-910.

71 Además del cumplimiento al deber de lealtad, " (...) fomenta el ejercicio diligente de sus funciones y las de los demás administradores, puesto que, en definitiva, la información dada por el administrador en conflicto incentiva a que otros administradores puedan custodiar o defender el interés de la sociedad de una manera eficaz". *Ibíd.*, pp. 910-911.

72 Miguens, Héctor José. *El deber de lealtad de los directores societarios en los Estados Unidos*. Derecho comercial y de las obligaciones: Revista de doctrina, jurisprudencia, legislación y práctica, 2010, n.º 243, pp. 109-140.

73 Ribas. *Deberes de los administradores*, *op. cit.* p. 104.

que, a pesar de que interesen al administrador, tengan a su vez beneficio para la sociedad⁷⁴.

En este mismo sentido, para que se emita la autorización es necesario la concurrencia de varias condiciones: (i) la autorización estará supeditada a que el administrador haya informado de todos los hechos relevantes que rodean la situación de conflicto; (ii) si el administrador fuere socio se excluirá su voto, y en consecuencia, sus partes de interés, cuotas o acciones no podrán ser tomadas en cuenta para determinar el quórum, ni mucho menos la mayoría decisoria⁷⁵; (iii) no se exige una mayoría especial, por lo tanto debe observarse la regla general del artículo 68 de la ley 222 de 1995, es decir, la autorización será válida cuando sea producto de la mitad más uno de los votos de la asamblea de accionistas o junta de socios, según el caso; (vi) la autorización sólo podrá otorgarse cuando el acto no perjudique a los intereses de la sociedad, lo cual se verificará si los beneficios que obtuviere la sociedad fueran notoriamente mayores que los costos que resultaren de la ejecución de la conducta bajo conflicto de interés. Además, el acto no puede ir en contravía de la ley, el orden público o los estatutos sociales, porque de lo contrario no se podría ratificar u obtener la autorización.

Finalmente, "(...) las autorizaciones deben tener, por regla general, carácter individualizado, expreso y referirse a supuestos concretos. Ello con el fin de salvaguardar, en todo momento, el interés social de la compañía y así prevenir la realización de otros comportamientos conflictuales (...)"⁷⁶.

3. La ejecución de la conducta: una vez emitida el acta de autorización, el administrador podrá ejecutar la conducta dentro de los límites descritos en la misma acta. Por el contrario, si el máximo órgano social no imparte su autorización, el administrador deberá abstenerse de ejecutar los actos generadores de conflicto de interés, pudiendo ser removidos de su cargo y sometidos a la acción social de responsabilidad en caso de desacato.

4. Ratificación ex post de los conflictos: supone un evento de ejecución de una conducta interesada sin la previa autorización de la sociedad. En este supuesto, el administrador no tramitó oportunamente la situación conflictiva ante el órgano máximo social, sin embargo la sociedad puede sanear el conflicto a través de la figura de la ratificación, en cuyo caso, el administrador queda exento de cualquier medida de responsabilidad que la sociedad pueda ejercer en su contra.

Consiguientemente, para que la ratificación cumpla con los fines que le son propios, es preciso que se verifiquen, al menos, las siguientes condiciones: (i) al igual que en los demás supuestos de autorización, el administrador deberá

74 Ribas. *Deberes de los administradores*, op. cit. p. 106.

75 Cir. Ext, 2008. op. cit., 3.9.3

76 Ribas. *Deberes de los administradores*, op. cit. p. 104-107.

informar oportunamente de todos los hechos relevantes del negocio; (ii) el administrador interesado deberá justificar la notificación extemporánea de las circunstancias que dieron lugar a la situación conflictiva. En este sentido, "(...) *deberá acreditarse que la pretensión de ratificación se hace en términos de una razonable celeridad o de un retraso razonable a la hora de juzgar la buena fe del interesado (...)*"⁷⁷; (iii) la asamblea general de accionistas o junta de socios, según el caso, deberá ratificar la conducta desleal expresamente⁷⁸.

De otra parte, la ratificación convalida la situación bajo conflicto de interés, desapareciendo del todo éste, siempre y cuando no se haya inducido a los socios o acciones por omisiones que de ser sabidas por los mismos hubiere cambiado el sentido de la decisión.

IV. CONCLUSIONES

1. NECESIDAD DE UNA REFORMA LEGAL AL RÉGIMEN SOCIETARIO

Las infracciones continuas al deber de lealtad cada vez adquieren más protagonismo en la esfera mercantil, lo que hace necesario implementar una *política de severidad*⁷⁹ tendiente a eliminar, o mitigar considerablemente la ejecución de prácticas desleales, las cuales se pueden resumir de manera general, en las desviaciones de los beneficios corporativos a la esfera privada de los *insiders* (v.gr. los administradores) de una compañía, razón por la cual, es menester reforzar gran parte del contenido vigente de las normas sobre el deber de lealtad⁸⁰.

En este acápite y a modo de cierre, señalaré, por una parte, los puntos que considero son necesarios incorporar en la legislación mercantil para dotar al deber de lealtad de mayor prevención y eficacia, lo cuales, en su mayoría, fueron diseñados en ordenamientos internacionales como el Español en su ley de sociedades de capital. Por otro lado, se hablará de las soluciones que hubiere podido traer el proyecto de Ley 70/2015 a nuestra legislación en materia de conflicto de interés.

1.1 Soluciones al contenido del deber de lealtad

1.1.2 Necesidad de tipificación de las principales conductas desleales: el legislador colombiano contempla una cláusula general de conducta, al prever

77 Ribas. *Deberes de los administradores*, op. cit. p. 104-107

78 "(...) la ratificación tácita no resultaría admisible, ni aún en el caso en que se estén aprovechando las ventajas de la gestión (...) Ribas. *Deberes de los administradores*, op. cit., pp. 73-154.

79 Paz Ares, José. *La responsabilidad de los administradores como instrumento de gobierno corporativo*. En: *InDret: Revista para el Análisis del Derecho*, 2003, n.º 4, p. 162.

80 Paz Ares, Cándido. *Anatomía del deber de lealtad*. Actualidad Jurídica Uría Menéndez, 2015, n.º 39, p. 50.

en el artículo 23 de la Ley 222/95: *"los administradores deben obrar de buena fe, con lealtad y con la diligencia de un buen hombre de negocios. Sus actuaciones se cumplirán en interés de la sociedad teniendo en cuenta los intereses de sus asociados"*.

La norma es amplia, y en ella caben un sin número de comportamientos que pueden generar dudas e inseguridad al intérprete, al juez o al operador jurídico respecto de cuáles son las conductas configuradoras de eventuales conflictos de interés, puesto que no todo comportamiento inadecuado es generador de los mismos, se necesita la concurrencia efectiva de determinados elementos. Por tal razón, en virtud de su abstracción y generalidad, es indispensable reforzar la eficacia del deber de lealtad tipificando las principales obligaciones derivadas de *"la cláusula general de forma fácilmente inteligible e internamente consistente"*⁸¹, y así, a posteriori, el juez societario e inclusive el mismo administrador, pueden identificar con mayor facilidad si las conductas desplegadas por estos cumplen con los requisitos para ser consideradas en conflicto de interés.

Con la tipificación de las conductas no se pretende que se consagre una lista taxativa de todos los comportamientos desleales sino que el orden jurídico sea dotado de una lista más depurada de las situaciones que eventualmente puedan generar un conflicto de interés. El solo hecho de que las normas de comportamiento estén especificadas o concretadas genera⁸²: (i) seguridad jurídica; (ii) incrementa la verificación de las conductas indebidas facilitando el trabajo de todos los jueces. Además, le otorga a los mismos un margen de interpretación con el objetivo de que puedan dictar una solución mas específica que se adecúe a las circunstancias de cada caso en concreto⁸³; (iii) Actúa como una medida preventiva que permite orientar la conducta de los administradores mediante el envío de mensajes de autoridad acerca de qué clase de valores y comportamientos son apropiados; y (iv) *"mejora la formulación individual de las distintas prohibiciones consagrando las que son verdaderamente reprochables"*⁸⁴.

1.1.3 Ampliación de los sujetos sometidos al deber de lealtad: es claro que el deber de lealtad se aplica a todos aquellos administradores designados por la asamblea general o junta de socios, durante todo el tiempo en el cual ejerzan el cargo. La norma es íntegra en este sentido.

Sin embargo, surge la duda de si los administradores de hecho se encuentran sujetos al deber de lealtad. Para responder a este cuestionamiento debe tenerse en cuenta su noción:

"(...) El concepto del administrador de hecho tiene una doble consideración, pues ha de tratarse de un sujeto que ejerce las funciones propias de la figura del

81 *Ibíd.*, p. 50.

82 Paz Arés, *la responsabilidad*, pp. 50-51.

83 Rodríguez, *op. cit.*, p. 49.

84 Paz Arés, *la responsabilidad*, pp. 50-51.

administrador sin que, por otra parte, el desempeño como tal obedezca a un nombramiento vigente y válido para dicho cometido(...) ⁸⁵.

Por lo tanto, el administrador de hecho si debe estar obligado al deber general de lealtad en la medida en que desempeñe funciones administrativas respecto de las cuales tenga poder de disposición sobre intereses ajenos ⁸⁶.

Además de lo relativo a la observancia de los deberes, no sólo al de lealtad, se extiende igual a: (i) "a las personas físicas que representan a los administradores que sean personas jurídicas; (ii) a los altos ejecutivos de la sociedad aunque no ostenten la condición de consejeros (...); (iii) a los accionistas de control que tengan el rol de administrador" ⁸⁷.

De otra parte, el riesgo que genera la falta de un pronunciamiento expreso en los tipos societarios diferentes a la SAS respecto de la figura del administrador de hecho genera inseguridad jurídica en el tráfico mercantil, ya que la figura podría prestarse para burlar el régimen de deberes y los principios generales del derecho –fraude a la ley y abuso del derecho–, y por consiguiente quedar exentos de la responsabilidad propia de un administrador.

La propuesta está dirigida a que el legislador consagre expresamente una norma de la cual se derive, inequívocamente, el sometimiento del administrador de hecho a los deberes que deben guiar la conducta de todo administrador, para ello, es necesario que dentro del ordenamiento jurídico interno se acepte expresamente esta figura en todos los tipos societarios.

1.1.4 Necesidad de diversificar el régimen de responsabilidad de los administradores: el régimen actual de la responsabilidad de los administradores societarios es de carácter unitario, es decir que la infracción de los deberes para efectos de la responsabilidad se toma indistintamente, se aplican las mismas sanciones y consecuencias, independiente de si el administrador ha infringido el deber de lealtad o el de diligencia.

Cada uno de los deberes cuenta con un contenido especial y particular en función de las finalidades propias que persiguen, esto es, la maximización de las riquezas de la sociedad a través de una gestión adecuada (deber de diligencia) y, la protección del interés social de la compañía por encima del interés del administrador inmerso en conflicto de interés (deber de lealtad). Por tal razón, el régimen unitario de responsabilidad debería ser superado y propender a una regulación diversa de la responsabilidad.

85 García-Cruces, *op.*, cit. p. 7.

86 "(...) parece claro que la intervención del administrador de hecho no excluye la (responsabilidad) de los de derecho. En efecto, si estos últimos están obligados a actuar en todo caso con diligencia y lealtad, no les resultará posible ampararse en la actuación de quien no ha sido designado para excluir su responsabilidad (...)" Díaz Echegaray *Op. cit.*, p. 189.

87 Informe Aldama. Informe de la comisión especial para el fomento de la transparencia y seguridad en los mercados y en las sociedades cotizadas. 2003. p. 25. 2.3. Disponible en: <http://www.cnmv.es/DocPortal/Publicaciones/CodigoGov/INFORMEFINAL.PDF>

El profesor Paz-Ares propone que el criterio de responsabilidad ha de configurarse de modo que *"sea tan severo con las infracciones del deber de lealtad como indulgente con las infracciones del deber de diligencia"*⁸⁸, lo cual se fundamenta en tres razones fundamentales⁸⁹.

1. *El grado de alineamiento natural de los intereses de los administradores con los de la sociedad es mayor en el deber de diligencia que en el de lealtad*: El deber de lealtad excluye totalmente cualquier alineación natural de los intereses, puesto que el administrador sólo puede obtener un provecho económico por la ejecución de un comportamiento desleal. El incumplimiento a este deber solo genera mayor beneficio al administrador, *"pues es un juego meramente redistributivo (lo que pierde una parte lo lleva la otra)"*, en últimas es un juego de suma cero, por ello es que el mandante, para controlar el oportunismo del agente, incurre en costos económicos o de mandato para tratar de mitigar la divergencia entre ambos intereses. Por el contrario, en el deber de diligencia si es posible una alienación natural de los intereses, ya que la negligencia del administrador produce una ganancia menor a aquella que hubiere podido obtener en virtud de una actuación diligente. *El juego es de suma positiva*, y en esa medida ambas partes se benefician de la prosperidad del negocio.

Por consiguiente, sostiene el profesor Paz-Ares, que donde:

"(...) el alineamiento es mayor, habrá menos probabilidad de incumplimiento y, por ende, estará justificada una política de indulgencia, y viceversa, donde el alineamiento es menor se incrementará una probabilidad de incumplimiento y procederá a justificarse una política de severidad (...)".

2. *La capacidad de sustituir las reglas de la responsabilidad por otros mecanismos de gobierno*: en este sentido, Paz-Ares sostiene que hay una relación de sustitución entre las salvaguardias jurídicas (reglas de responsabilidad) y las salvaguardias de mercado (incentivos económicos), y que por tanto, cuando el mercado provea gratuitamente otro tipo de salvaguardias, las partes tendrán menor interés en recurrir a las reglas de responsabilidad pues éstas generan inevitablemente mayores costes. En consecuencia, cuando la sociedad disponga de otros mecanismos de gobierno suficientemente eficaces para alinear los incentivos de las partes, reducir los costes de agencia y constreñir las conductas negligentes, estará justificada una política de indulgencia. En caso contrario, cuando las fuerzas de mercado no provean unos mecanismos alternativos de disciplina, resultará aconsejable una política de severidad.

La capacidad de sustitución de las reglas de responsabilidad solo aplica para el deber de diligencia, y este hecho se da especialmente en las socieda-

88 Paz Ares. *La responsabilidad*, op. cit., pp. 6-10.

89 *Ibíd.*, pp. 6-10.

des anónimas cotizadas, debido a que al captar o financiarse en los mercados, los administradores pueden incurrir en costes reputacionales muy elevados⁹⁰.

"(...) En el deber de lealtad no existen mecanismos sustitutivos para controlar la gestión de los administradores ya que: (i) los actos desleales son difíciles de detectar; (ii) las conductas oportunistas suelen producirse al final de las relaciones de agencia; (iii) la propiedad de una parte de la sociedad por parte de los administradores no mitiga este tipo de conductas, la evidencia empírica demuestra que a mayor concentración de la propiedad mayor deslealtad (...) "⁹¹.

3. *El grado de incertidumbre jurídica*⁹² a que están sujetas sus decisiones: La política de indulgencia se justificará cuando exista un alto grado de incertidumbre respecto a las consecuencias en la toma de decisiones (deber de diligencia), y la de severidad ha de ser requerida cuando la incertidumbre sea nula, ya que cuando hay un incumplimiento al deber de lealtad el riesgo de error para incurrir en los comportamientos desleales es menor, hay una *"escasa incertidumbre respecto a la conducta de deslealtad"*⁹³. Ésta argumentación es consecuencia de la necesidad de tipificación de las principales obligaciones desleales, puesto que el administrador gozará de una mayor seguridad respecto a cuáles conductas son reprochables o no y además, no podrá valerse de la no consagración de las prohibiciones para justificar su actuación indebida.

Así mismo, la deslealtad del administrador frente a la sociedad le puede generar grandes perjuicios a esta, en muchos casos irreparables. Las más grandes conductas fraudulentas se han llevado a cabo por inobservancia del deber de lealtad. De modo que, dado su complejidad y diferencias respecto al deber de diligencia, merece gozar de un tratamiento sustancialmente diferente y mucho mas severo, en cuanto a la responsabilidad se refiere, esto es, como ocurre en el Derecho Español, la de contar con una acción directa de responsabilidad por deslealtad dotada de un procedimiento más flexible respecto a su ejercicio, es decir, que los accionistas –mayoritarios o minoritarios- perjudicados por conducta desleal puedan ejercerla directamente sin necesidad de someter la decisión para el ejercicio de la misma en la asamblea o junta de socios.

2.LA FALLIDA PROPUESTA DE REFORMA DE LA SUPERINTENDENCIA DE SOCIEDADES:SOLUCIONES Y ACIERTOS

El 12 de agosto de 2015 se radicó en la Cámara de Representantes el proyecto 070 de reforma al régimen societario, impulsado por la Superintendencia de

90 Para mas información: Rodríguez, *op. cit.*, pp. 39-42.

91 Serrano, *op. cit.*, p. 9.

92 *"la incertidumbre se produce cuando los administradores no pueden anticipar con seguridad cuáles serán las consecuencias jurídicas de sus decisiones (...)"*. Paz Ares. *La responsabilidad*, *op. cit.*, p. 8.

93 Rodríguez, *op. cit.*, p. 41.

Sociedades, el cual pretendió modificar y actualizar algunos aspectos puntuales del régimen societario vigente. El proyecto, que fue retirado en el primer semestre de este año, a mi juicio presentaba dos aciertos en el ámbito del tema de los conflicto de interés que a mi juicio ameritan ser comentados.

2.1 Definición del conflicto de interés: aunque el ordenamiento jurídico reconozca la existencia de supuestos de conflicto de interés, no cuenta con una definición legal que contemple todos sus elementos esenciales, lo que ha llevado a construcciones doctrinales del mismo. Este vacío legislativo puede ser bastante problemático para los administradores sociales, pues no tienen claridad acerca de las hipótesis que pueden dar lugar a un conflicto de interés⁹⁴. Además, este vacío no sólo hace más ardua la labor de los jueces, sino que genera incertidumbre para los empresarios, quienes deberán emprender un análisis casuístico que no siempre es sencillo, para establecer si se encuentran incursos en tal conflicto⁹⁵.

La definición que contenía el artículo 19 del proyecto de ley era la siguiente:

"Conflicto de interés: habrá conflicto de interés cuando:

1. El administrador o una persona a él vinculada participe en cualquier acto o negocio en que sea parte la sociedad en que ejerce sus funciones o sus subordinadas
2. *El administrador o una persona a él vinculada tenga un interés económico sustancial en cualquier acto o negocio que sea parte la sociedad en que ejerce sus funciones o sus subordinadas".*

El proyecto definía el *interés económico sustancial*⁹⁶, sin embargo, considero que sería más práctico dejar al arbitrio de los socios en la asamblea o junta de socios, determinar mediante unanimidad que corresponde a un interés económico sustancial, ello porque la noción del mismo puede variar de una sociedad a otra.

En este mismo sentido, el artículo 20, consagraba un listado taxativo de las personas vinculadas al administrador, respecto de los cuales puede predicarse que constituyen interpuesta persona, buscando de nuevo facilitarle al juez la delimitación de las situaciones conflictivas y la identificación de los sujetos en dichas situaciones.

2.2 Procedimiento de autorización del conflicto de interés: la norma vigente sólo establece tres condiciones necesarias para obtener la autorización:

94 Proyecto de Ley 070 de 2015. P. 39.

95 *Ibíd.*, p. 41.

96 Parágrafo primero artículo 19 del proyecto: *"Se entenderá que existe un interés económico sustancial cuando medien respecto de una determinada operación, prerrogativas económicamente apreciables que puedan comprometer el criterio del administrador y su independencia para la toma de las decisiones concernientes"*.

i) abstenerse de votar en caso de que fuere socio; ii) la asamblea debe tomar la decisión de ratificación mirando siempre lo que más le convenga a su interés; iii) la decisión debe corresponder con las mayorías cualificadas determinadas por la ley.

El proyecto pretendió consagrar un sistema con tres niveles de autorización con requisitos y consecuencias frente a la responsabilidad diferentes:

Primer nivel: mayoría absoluta de los miembros de la asamblea que no tengan interés en el negocio. En este caso, el negocio jurídico es válido y el administrador queda exento de cualquier responsabilidad.

Segundo nivel: el negocio se aprueba con mayoría absoluta, sin embargo algunos de esos votos provienen de asociados interesados en la transacción, en cuyo caso, el negocio se reputa válido pero el administrador no se exonera de responsabilidad en caso de que el negocio le cause perjuicios a la sociedad.

Tercer nivel: no se observa ninguno de los trámites precedentes. En este evento, el negocio adolece de nulidad absoluta y la responsabilidad del administrador incurso en conflicto de interés.

En mi opinión, era necesaria la propuesta de reforma ya que se intentó consagrar una regla procedimental más expresa y rigurosa de autorización de los conflictos de intereses entre administrador y sociedad en comparación con la normativa vigente, lo cual resulta un acierto ya que armoniza con el principio proteccionista de la sociedad en la relación de gestión y frente a la posición de *insider* en la que se encuentra el administrador. Es un enfoque preventivo que permite valorar de una manera más objetiva el interés de la conducta del mandatario.

Sin embargo, el proyecto no corregía la deficiencia del régimen actual. La normativa vigente dice que se deben descontar los votos del administrador cuando este sea socio (debe ser simultáneamente socio y administrador), pero la norma pareciera que admitiera la posibilidad de que cuando el administrador es un tercero, ya sea persona natural o persona jurídica no se debe excluir el socio. El proyecto guardaba silencio ante esta situación, con lo que perdía la oportunidad de traer claridad sobre el tema, lo que se espera se haga en un futuro proyecto de ley.

BIBLIOGRAFÍA

DOCTRINA

Alonso Rodríguez, Carmen. 2014 *El conflicto de interés de los administradores en las sociedades cotizadas*. Madrid: universidad pontificia comillas ICAI-ICADE.

Bélen Campuzano, Ana (Coord.). 2011. *La responsabilidad de los administradores de las sociedades mercantiles*, 4 edición, Tirant Lo Blanch.

- Córdoba Acosta, Pablo Andrés, 2014. *El derecho de sociedades y el gobierno de la sociedad anónima: el interés social, órganos, accionistas y administradores*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Coutinho De Abreu, Jorge M. *Interés social y deber de lealtad de los socios*. Revista de Derecho de sociedades n.º19. Editorial Aranzadi, 2002.
- Casanova Torrado, Miguel. *La fundamentación de los fiduciary duties de los administradores de sociedades y sus consecuencias en la acción social de responsabilidad*. (tesis doctoral). Universidad de Navarra, Pamplona, 2012.
- Díaz Echegaray, José. 2006. *Deberes y responsabilidades de los administradores de las sociedades de capital*. Segunda Ed. Editorial Aranzadi. Navarra.
- Fernández, Roberto y Álvarez, Eva. Informe Aldama: El gobierno corporativo. *Partida doble*, 2005, n.º 167, p. 68.
- Jarillo, María José Morillas; Viscasillas, María del Pilar Perales; Carpio, Leopoldo José Porfirio, 2015. *Estudios sobre el futuro Código Mercantil: libro homenaje al profesor Rafael Illescas Ortiz*.
- Jensen, Michael y Meckling, William, 1976. "Theory of the Firm: Managerial Behavior, Agency Costs, and Ownership Structure". *Journal of Financial Economics*.
- Kraakman, Reinier H. *The anatomy of corporate law: A comparative and functional approach*. Oxford University Press on Demand, 2009.
- Laguado Giraldo, Darío. *La responsabilidad de los administradores*. *Vniversitas*, 2004, vol.53, n.º 108.
- Ménendez Guides, Uría. 2015. *Guía práctica sobre deberes y régimen de responsabilidad de los administradores en el régimen mercantil*. Barcelona.
- Miguens, Héctor José. El deber de lealtad de los directores societarios en los Estados Unidos. *Derecho comercial y de las obligaciones: Revista de doctrina, jurisprudencia, legislación y práctica*, 2010, n.º 243,
- Páez, Manuel Antonio Bernet. *El Deber de Lealtad de los Directores y los Contratos en Conflicto de Interés*. Revista Chilena de Derecho Privado, 2007, n.º 8.
- Paz Ares, Cándido, *La responsabilidad de los administradores como instrumento de gobierno corporativo*. *InDret: Revista para el Análisis del Derecho*, 2003, n.º 4,
- Paz Ares, Cándido, *Anatomía del deber de lealtad*. Actualidad Jurídica Uría Menéndez, 2015, n.º 39, p. 50.

Paz Ares, Cándido, *retribuciones externas y deber de lealtad de los administradores*. En: Tobío Rivas, Ana María (Coord.) *estudios de derecho mercantil*, marcial pons ediciones jurídicas y sociales SA, 2013.

Reyes Villamizar, Francisco, 2012 *Análisis económico del derecho*. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana.

Reyes Villamizar, Francisco. *Responsabilidad de los administradores en la sociedad por acciones simplificada*. PANÓPTICA-Direito, Sociedade e Cultura, 2010, vol. 5, n.º 1,

Ribas Ferrer, Vinceç, 2004. *Aproximación al estudio del deber de lealtad del administrador de sociedades*. (tesis doctoral). Universidad Autónoma de Barcelona.

Ribas Ferrer, Vicenç, *Deberes de los administradores en la Ley de Sociedades de Capital*. Revista de derecho de sociedades, 2012 n.º 38,

Revista de la Superintendencia de sociedades, *juntas directivas*. Edición n.º10 abril-mayo 2015.

Sabogal Bernal, Luis Fernando, 2010. *La relación administrador-sociedad*. Bogotá, Universidad externado de Colombia. Revista de derecho privado n.º 18.

Sabogal Bernal, Luis Fernando, 2014. *La responsabilidad de los administradores por conflicto de interés en la empresa de grupo*. Revista e-mercatoria vol. n.º 2.

Trevijano, Cristina Guerrero. *La Business Judgement Rule en los procesos de M&A*. Documentos de trabajo del Departamento de Derecho Mercantil, 2010, n.º 32, p. 1. Madrid: Universidad Complutense.

Villegas, Carlos Gilberto. *Tratado de las sociedades*. Editorial jurídica de chile, 1995. pp. 130- 147.

DOCTRINA EN LÍNEA

Casero, Miguel. *Reflexiones sobre el deber de lealtad de los administradores*. Madrid: Universidad Pontificia comillas, 2014. Disponible en: <https://repositorio.comillas.edu/xmlui/bitstream/handle/11531/687/TFG000390.pdf?sequence=1&isAllowed=y>

Duprat, Diego. Citación sugerida: RDCO, n.º 222, enero/febrero 2007, p. 23. *La teoría del órgano y la particular naturaleza de la vinculación del administrador con la sociedad*. Economics, 3, 305. Disponible en: <http://dupratpellegrini.com.ar/publicaciones/DD-La-teoria-del-organ.pdf>.

Falasca, Fernando Gabriel. *Análisis comparativo del sistema probatorio en materia de "insider trading" en Argentina y en USA*. Revista Electrónica de Derecho Comercial. (s.f). Disponible en: <http://derecho-comercial.com/Doctrina/itrafalasca.pdf>

García-Cruces, José Antonio. *Administradores sociales y administradores de hecho*. En: Estudios jurídicos en homenaje al prof. Dr. Sánchez Andrés. (s.f). Disponible en: http://www.unizar.es/derecho_concursal/publicaciones/HomenajeSnchezAndres.pdf

López Arango, María., Toro Hincapie, Lina, 2015. *Responsabilidad sin culpabilidad para los administradores societarios*. Medellín. Disponible en: https://repository.eafit.edu.co/bitstream/handle/10784/8286/MariaAlejandra_LopezArango_LinaMarcela_ToroHincapie_2015.pdf?sequence=2&isAllowed=y

Vergés I Jaime, Joaquim. *Control e incentivos de la gestión empresarial*. Universidad autónoma de Barcelona: Departament d'Economia de l'Empresa, 2000. Disponible en: <http://gent.uab.cat/jverges/sites/gent.uab.cat/jverges/files/1CONTROL.pdf>

JURISPRUDENCIA

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. 19 de febrero de 1999. Exp: 5099. MP. Carlos Esteban Jaramillo Schloss.

Sentencia 2013-801-082, Superintendencia de Sociedades. Partes: Aldemar Tarazona Monter, Lizardo Antonio Amaya Díaz y Rodolfo Antonio Rivera Roza VS Alexander Ilich León Rodríguez.

Sentencia de la Superintendencia de Sociedades 2014-801-084. Partes: Morocota Gold S.A.S. VS Wbeimar Alejandro Rincón Ocampo y Luz Mery Martínez Vergara.

Sentencia 2014-801- 054, Superintendencia de Sociedades. Partes: María del pilar Luque de Shaefer VS Luque torres Ltda.

Sentencia de la Superintendencia de Sociedades 2013- 801- 007. Partes: Estructuras Metálicas S.A VS Praxedis Correa, Santiago Correa y Gloria Gallo.

DOCUMENTACIÓN

SUPERSOCIEDADES, Cir. Ext. 100-006 de 2008.

SUPERSOCIEDADES, Cir. Ext. n.º 100-000003 del 22 de julio del 2015. Ley 222 de 1995.

Decreto 1925 de 2009. Código Civil Colombiano.

Código de Comercio Colombiano.

Ley de sociedades de capital española.

Informe adama: Informe de la comisión especial para el fomento de la transparencia y seguridad en los mercados y en las sociedades cotizadas, 8 de enero de 2003.